

TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA: EL CASO DE LA POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE EN COLOMBIA

Establecer el desarrollo y el impacto de la acción afirmativa como medida compensatoria, distributiva y de utilidad social, tendiente a subsanar la situación de desventaja en la que se encuentran algunos grupos sociales, es un paso necesario para la comprensión del fenómeno del conflicto armado interno y su consecuente vulneración de derechos humanos sobre grupos poblacionales específicos y sobre toda la sociedad colombiana.

Al ser extendida a otros ámbitos (educación, empleo, representación pública, salud y vivienda) y contextos sociopolíticos, la acción afirmativa —que inicialmente buscó superar la discriminación racial en el ámbito laboral de los Estados Unidos— comporta una profunda reflexión sobre los criterios de mérito y equidad que promueve el Estado para lograr una justa distribución de algunos bienes sociales. La implementación de acciones afirmativas en países como Brasil o Colombia, caracterizados por su gran diversidad étnica, plantea nuevos desafíos para reducir la inequidad.

La noción de acción afirmativa aplicada a la política tuvo origen en Estados Unidos, asociada con el ámbito laboral y con la figura de John F. Kennedy quien, mediante Acto Ejecutivo 10925, en 1961 exigió a los contratistas federales ejecutar actos positivos para garantizar un trato que no discriminara a los trabajadores por raza, color, credo o nacionalidad de origen (Presidencia de la República, 1961). En 1965, con la Orden Ejecutiva 11246, el presidente Lyndon Johnson

prohibió la discriminación laboral por las características señaladas y en 1967 incluyó la no discriminación laboral por razones de género como medida afirmativa hacia las mujeres (Presidencia de la República, 1965).

Aplicada a derechos como la educación superior, la salud, la vivienda y la protección social, la acción afirmativa apunta a compensar grupos históricamente discriminados y rezagados frente al goce efectivo de derechos fundamentales y a incrementar la participación política de grupos minoritarios. Aunque tal acción tiene detractores, el criterio de promoción de normas distintas para la evaluación de grupos diferentes de personas se manifiesta desde tiempos aristotélicos y es en el ámbito educativo y de asignación de cargos públicos en donde más ha generado controversia.

Justificación teórica de la acción afirmativa

La aplicación de acciones afirmativas ha ocasionado dilemas nada triviales; empero, hay senda jurisprudencia de altos tribunales de África, América y Europa que respalda la noción como mecanismo para corregir el rezago laboral y educativo en el que se encuentran grupos históricamente excluidos.

Al respecto, es importante el análisis adelantado por Jane Hodges-Aeberhard (1999), quien revisó la jurisprudencia internacional producida hasta 1999 y encontró que, si bien imperaba cierto acuerdo acerca del concepto, no había sido posible establecer principios, criterios o normas comunes para valorar la implementación de la medida. No podía ser de otra forma, dado que la acción afirmativa rebasa la idea de igualdad de oportunidades, instalada de manera formal en la mayoría de ordenamientos jurídicos, por la de igualdad de resultados; según algunos economistas, esto constriñe la dinámica natural de los sistemas sociales con imperfecciones como el desarrollo diferencial en grupos excluidos y discriminados.

La necesidad de equilibrar resultados en grupos discriminados justifica la compensación y, en consonancia, la extensión de la teoría de la justicia de la víctima individual al grupo. Tal extensión ha sido demandada al aplicarse a personas y procesos concretos y se exige a los altos tribunales la ponderación de principios en la práctica.

Un ámbito concreto es el relacionado con las medidas compensatorias en la asignación de cupos y becas en universidades públicas. Estados Unidos y Colombia reportan casos de aplicación de acciones afirmativas en el proceso de selección o asignación de cupos en universidades en donde la condición de pertenecer a un grupo minoritario se puede privilegiar sobre un mejor desempeño en las pruebas académicas de ingreso.

Este hecho es percibido como injusto por parte del candidato que conforma un colectivo más favorecido y tiene mejor desempeño académico, pero no accede fácilmente a una beca en una universidad pública. Los defensores de la medida señalan que es menos probable encontrar un aspirante que provenga de sectores marginados, escuelas pobres y entorno familiar poco favorable, debido al hecho de haber crecido en un ambiente no apacible para cultivar valores positivos hacia el estudio, el progreso y la excelencia. Para hacer más clara la situación, se describen a continuación algunos casos.

Los programas especiales de admisión universitaria

En Colombia, de manera autónoma, algunas universidades han desarrollado sistemas de cupos para minorías étnicas —comunidades afrodescendientes, indígenas y pueblos rom— (Yeimy, 2010). Desde 1983, la Universidad de Antioquia ha implementado procesos de admisiones especiales para aspirantes provenientes de comunidades negras, indígenas y raizales (García, 2007)²¹. El programa se complementa con un desarrollo reglamentario que parte de la precisa definición de los destinatarios de la acción afirmativa.

La Universidad de Antioquia define como aspirante afrodescendiente al miembro de una comunidad negra que, según lo señalado en la Ley 70 de 1993, es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia, tienen sus tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado y revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos. De la misma manera, de acuerdo con el Decreto 2164 del 7 de diciembre de 1995, entiende por indígena al miembro de

.....
21 El Consejo Académico de la Universidad de Antioquia, mediante el Acuerdo 236 del 30 de octubre de 2002, asignó dos cupos adicionales por programa para los aspirantes miembros de las comunidades negras colombianas y de los raizales del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y dos cupos adicionales para los pertenecientes a las comunidades indígenas.

una comunidad o parcialidad indígena, que es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia que tiene conciencia de identidad, comparte valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos que lo distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad o que no puedan acreditarlos legalmente o que sus resguardos hubieran sido fueron disueltos, divididos o declarados vacantes.

Además de caracterizar a sus destinatarios, el programa especial de admisiones indica la forma en la cual cada aspirante debe certificar su pertenencia a la minoría o al grupo étnico. Los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina deberán ser presentados por las organizaciones que los representan en el mismo departamento. Las organizaciones de comunidades negras y las organizaciones de raizales competentes para presentar aspirantes a la admisión especial para grupos étnicos son aquellas con personería jurídica que hayan sido reconocidas y registradas en la División de asuntos para comunidades negras del Ministerio del Interior. El requisito para ser reconocido como aspirante indígena es el aval del cabildo, su equivalente o una asociación de autoridades tradicionales indígenas. El cabildo indígena:

Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres, y el reglamento interno de cada comunidad (Presidencia de la República, 1995, art. 2).

Con esto la reglamentación no se agota, pues deben definirse criterios para la inscripción y la selección. En el caso de la Universidad de Antioquia, los aspirantes de las comunidades negras y de las comunidades indígenas deberán presentar las pruebas de ingreso; quienes no sean admitidos por el límite de cupos en el programa elegido, competirán por los dos cupos adicionales y serán admitidos los que obtengan los mayores puntajes estandarizados, no inferiores a 40 puntos.

La Universidad del Valle, mediante Resolución 097 del 16 de octubre de 2003, implementó un programa denominado Condición de excepción comunidades afrocolombianas para el ingreso a los programas académicos de pregrado. La Universidad asignó un 4 % de los cupos establecidos para cada programa académico y desarrolló la reglamentación relativa al proceso de inscripción y

selección. El aspirante debe acreditar el puntaje mínimo que el programa académico al que desea inscribirse haya fijado y queda exonerado de presentar pruebas adicionales de carácter académico sobre áreas ya evaluadas por el examen de Estado; además, debe cumplir con los requisitos establecidos por la Universidad en cuanto a puntajes mínimos de inscripción y evidenciar dominio de las habilidades específicas que requiera el programa.

En ejercicio de su autonomía universitaria, entre 1993 y 2001, la Universidad Industrial de Santander adelantó un programa de admisión especial para aspirantes pertenecientes a comunidades indígenas, los eximía del pago de derechos de inscripción y, en caso de ser admitidos, les cobraba la matrícula mínima establecida por la Universidad; empero, en consideración del principio de igualdad y de no discriminación, mediante Acuerdo 088 de 2001, el Consejo Superior de la Universidad dejó sin efecto este sistema de cupo especial.

La situación no termina allí. Más adelante, el Estado colombiano emitió la Ley 1084 de agosto de 2006, tendiente a favorecer el acceso a la educación superior para grupos ubicados en zonas apartadas y de difícil acceso. Con ella, conmina a las instituciones de educación superior de carácter público y privado a otorgar un 1 % de sus cupos a los bachilleres de los departamentos donde no hay instituciones de educación superior y otro 1 % a los aspirantes que provengan de municipios de difícil acceso o con problemas de orden público. Para la selección de los cupos se atiende a un sistema especial reglamentado por cada universidad.

En ejercicio de la Ley 1084 de 2006, la Universidad Industrial de Santander, mediante Acuerdo 229 del 19 de agosto de 2008, reglamentó las admisiones especiales y autorizó la reserva de un cupo por carrera y por año para los aspirantes que procedan de municipios de difícil acceso o con problemas de orden público. Definió que los aspirantes a tales cupos debían inscribirse en la Universidad en las fechas establecidas, cumplir los requisitos exigidos por la institución, obtener un puntaje en el examen de Estado de un 80 % del puntaje de corte del proceso de admisión del programa al cual se inscribió y solicitar la aplicación del Acuerdo 229 en la Dirección de admisiones y registro académico dentro de las fechas establecidas por la Universidad y presentar certificado de vecindad expedido por la autoridad local competente. En el año 2008, once aspirantes pertenecientes a comunidades indígenas fueron habilitados por las autoridades del resguardo indígena Inga de Aponte, parcialidad Zipazgo Inga-Chibcha-Guanentá

de Bucaramanga para ingresar a los estudios de pregrado del primer período de 2009 en los cupos especiales para estudiantes pertenecientes a comunidades indígenas. Ante la negación del cupo, con referencia en la Ley General de Educación y la Ley 21 de 1991, el resguardo demandó el goce efectivo del derecho a la educación gratuita para comunidades indígenas, el cual fue negado en primera y segunda instancia y finalmente tutelado por la Corte Constitucional mediante Sentencia T-110 del 16 de febrero de 2010.

Si bien el propósito fundamental de la investigación reportada es analizar la ejecución de acciones afirmativas para comunidades afrodescendientes, el caso de la Universidad Industrial de Santander es relevante, pues hizo evidente un asunto que ha sido objeto de legislación con enunciados jurídicos propositivos, sin haber sido reglamentado ni desarrollado como política pública. Ni siquiera las universidades públicas tienen que aplicar, por fuerza de ley, acciones concretas de afirmación o de reparación para las comunidades negras, indígenas y pueblos rom. En consonancia, la Corte Constitucional motivó la Sentencia T-110 de 2010 con fundamento en principios y no en normas.

En las dos primeras instancias, las decisiones también se basaron en principios: el de la autonomía universitaria y el de la igualdad; mientras, la instancia de cierre ponderó la justicia y la proporcionalidad. La Corte Constitucional (2010) parte del siguiente razonamiento: “Si las universidades dan un paso para remediar desigualdades reales, no pueden dar marcha atrás sin poner ningún equivalente funcional en su lugar, a menos que lo justifiquen de forma suficiente” (p. 1). Con este razonamiento, la Corte encontró que la Universidad Industrial de Santander interfería en derechos fundamentales de los tutelantes por ser miembros de una comunidad indígena, sin justificar de forma suficiente tal decisión.

Este suceso fue debatido en los círculos académicos nacionales.

La filosofía política y la filosofía del derecho ofrecen concepciones para el análisis de la justicia y la igualdad y, según la concepción adoptada, se encuentran justificaciones y objeciones frente a los programas especiales de admisión universitaria legitimándolos, en el primer caso o deslegitimándolos en el segundo (Aguirre, 2008).

Impacto de la acción afirmativa

En el escenario internacional, el debate conceptual ha sido más prolífico. Señalada como medida que enmascara el efecto, pero no supera de raíz las barreras que por décadas han enfrentado los grupos minoritarios, la acción afirmativa en el ámbito de la educación superior ha sido cuestionada en su capacidad resolutive. Una medida orientada a elevar la calidad de la infraestructura, los medios educativos, el cuerpo docente y el currículo de las escuelas ubicadas en zonas pobres habitadas mayoritariamente por grupos étnicos segregados, acompañada del desarrollo de infraestructura y programas que favorezcan el bienestar de las familias, repercutiría en un entorno favorable para acceder a la educación universitaria y a formación avanzada.

Un estudio sobre el impacto de las acciones afirmativas adelantado por Thomas Sowell (2003)²² en India, Malasia, Nigeria y Estados Unidos concluyó que las políticas afirmativas habían tenido un impacto insignificante en los grupos a quienes estaban dirigidas e incluso contribuían a polarizar la sociedad.

Asimismo, después de describir las tres razones más frecuentes a favor de las acciones afirmativas en los programas de ingreso a la universidad —corregir las brechas en los exámenes, compensar injusticias del pasado y promover la diversidad—, Michael Sandel (2011) exhorta a un análisis más profundo, relativo a las concepciones de justicia que enmarcan tales razonamientos y la conveniencia de usar estrategias de compensación a grupos determinados en contextos diferentes.

En lugares geográficos y contextos diferentes hay puntos de vista coincidentes, tanto a favor como en contra de la acción afirmativa. En la misma línea de Thomas Sowell, en Colombia, Daniel Mera Villamizar (2011) no ha criticado la medida, sino su impacto real para que las personas en situación de pobreza y exclusión alcancen el bienestar o, por lo menos, gocen efectivamente de los derechos fundamentales. Para comprender los planteamientos de Sowell y Mera, es necesario recordar que la acción afirmativa o acción positiva, como se le conoce en Europa, tiene origen en el ámbito de la administración pública, ligada al poder presidencialista y con carácter activo. Esto quiere decir que es una política que

.....
22 Doctor en economía de la Universidad de Chicago, vinculado a la Universidad de Stanford, ha criticado duramente la acción afirmativa. En 2003, año en el que esta medida fue examinada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se refirió a ella como un gran fraude y señaló que, si bien la medida ha servido a negros millonarios, poco o nada ha hecho por los que están en el gueto (Sowell, 2003).

conlleve a la acción del Ejecutivo, por lo que también se asimila a una política intervencionista.

La aptitud de la acción afirmativa para reducir desigualdades está relacionada con el ámbito de aplicación. En Colombia, la desigualdad supera un 60 % y hay un porcentaje significativo de la población en condición de extrema pobreza. Esta situación, que se agudiza a causa del conflicto armado en curso y del desplazamiento forzado de millones de personas, sumada a la vulnerabilidad de la población afrodescendiente, requiere que las acciones afirmativas estén acompañadas de políticas que apoyen la resolución de los problemas desde sus causas.

En Estados Unidos, el menor grado de bienestar alcanzado por grupos minoritarios se originó en la discriminación racial. Hoy en día, la discriminación es un delito y, por lo tanto, las políticas buscan reparar la discriminación pasada, superar el impacto negativo que esta generó sobre el bienestar y el desarrollo desigual de los individuos pertenecientes al grupo discriminado y acelerar e igualar indicadores de bienestar. Todo ello se consigue con ambientes amigables para el acceso a los bienes sociales y a la competencia de los grupos en desventaja. Para la población afrodescendiente, Colombia presenta un contexto dramáticamente distinto, pues tanto los factores de vulnerabilidad como de exclusión están latentes y siguen actuando.

En Estados Unidos, la acción afirmativa se afincó en el ámbito del empleo y de la educación como medida de compensación a grupos discriminados a causa de su raza. En Europa se ha dirigido a compensar discriminación laboral en razón del sexo. El Artículo 119 del Tratado de Roma establece una retribución igual para el hombre y la mujer por una misma labor como principio para superar el problema de la discriminación sexual en el trabajo. En desarrollo de este principio, la Directiva 75/117/CEE instituyó que cuando la clasificación profesional es la base para la remuneración, debe aplicarse igualdad de criterios. En forma paralela, los Estados de la Comunidad promueven acciones positivas para alcanzar equidad en oportunidades de empleo, aunque la discriminación positiva a favor de la mujer también ha encontrado críticos (Comisión de las Comunidades Europeas, 1981). Es de referencia el caso de Eckhard Kalanke contra la municipalidad de Bremen,

que fue juzgado por el Tribunal Europeo de Justicia después de hacer curso en el Tribunal de Casación alemán²³.

En Brasil, por su parte, se ha indicado que las acciones afirmativas en el acceso a la educación superior han resultado favorables. Desde 2003, algunas universidades públicas comenzaron a reservar un porcentaje de sus puestos a los estudiantes afrodescendientes y les permiten ingresar con resultados inferiores en el examen de admisión; esto, a partir de indicaciones jurídicas. Con datos etnográficos, Cicalo (2012; 2013) demostró que entre 2007 y 2008 en la Universidad del estado de Río de Janeiro, la cuota fijada por la acción afirmativa ha sido una forma de diversificar los espacios de la Universidad y de aumentar posibilidades de movilidad social para las clases más pobres.

Aparecida (2008) considera que el caso de Brasil es interesante porque el tema de los cupos no implica un asunto de datos en términos del desempeño, sino que aporta al reconocimiento de una política multicultural y valora la riqueza cultural que debe ser promovida en los espacios de difusión y producción del conocimiento.

Almeida (2011), en su investigación sobre la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, ha demostrado que la discriminación positiva restablece los vínculos entre la Universidad y la sociedad y, por tanto, propicia cercanía con la realidad social y política, así como prácticas de diálogo en las comunidades que valoran el saber académico.

Lo que se intenta sostener es que la diversidad social promovida por cuotas hace hincapié en ciertas tensiones urbanas y dinámicas desiguales que vienen a reflejarse dentro de la Universidad. Sin embargo, la discriminación positiva revela caminos efectivos.

La Corte Constitucional ha identificado como factores de vulnerabilidad de las comunidades negras:

1. La exclusión estructural de la que es víctima.

.....
23 El caso tiene origen en la aplicación del Artículo 4 de la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública (Landenesgleichstellungsgesetz), del 20 de noviembre de 1990. Establece preferencia hacia la mujer en la provisión de cargos o en la promoción cuando estas se encuentren infrarrepresentadas, siempre y cuando cuenten con la misma capacitación que los aspirantes masculinos. La aplicación automática en esta Ley depende de la existencia de infrarrepresentación, que se evidencia cuando ellas no cubren al menos la mitad de los puestos.

2. Los territorios donde tradicionalmente se han asentado las comunidades negras son requeridos para la implementación de proyectos de minería.
3. Existen deficiencias en la protección institucional a los territorios colectivos (Rodríguez, Orduz y Berrío, 2010).

En otras palabras, la vulnerabilidad y la exclusión no son solo impulsadas por la discriminación, sino por otros delitos estructurales que afectan el territorio nacional: el despojo de tierras, la explotación de la mano de obra en las zonas rurales, la minería ilegal y el desplazamiento, entre otros. Tal situación exige el diseño y la implementación de medidas estructurales, como lo ha expresado la Corte Constitucional (2009) respecto a población afrodescendiente desplazada.

Si la situación de las comunidades negras está determinada por el territorio, las estrategias diseñadas para las zonas de difícil acceso no podrían ser las mismas que aquellas para la población afro que habita las grandes ciudades. Todo lo anterior indica la necesidad de un análisis más amplio de la acción afirmativa y su impacto en el bienestar de las poblaciones afrodescendiente, raizal, indígena y rom de Colombia.

Como cierre de este acápite, la aplicación de una acción afirmativa comporta el análisis racional y razonable del mérito individual y la igualdad, con miras a mantener un sano equilibrio. En tanto política del resorte de la Administración pública, la acción afirmativa se ha consolidado en varios países y ámbitos; empero, su aplicación no está normalizada. Su eficacia demanda la ponderación de principios como el de la justicia y la igualdad; por ello, su desarrollo como noción jurídica ha ocurrido en instancias de altos tribunales y de jueces.

En Colombia está todo por hacer en lo que se refiere a acciones afirmativas que procuren bienestar a la población negra, los afrodescendientes que no están vinculados a comunidades negras, los indígenas y los pueblos rom.

La situación política, económica y social de Colombia no permite hablar de una sola forma de discriminación, por lo que es preciso pensar que cada región, población y contexto tienen necesidades no homogéneas que se deben tener en cuenta para la implementación y efectividad de la política pública.

Desde la Constitución de 1991, el Estado colombiano promulgó una identidad nacional pluriétnica y multicultural. Con ello se intentó incluir a los grupos

poblacionales desprotegidos y vincularlos a una idea de otredad que estuvo siempre latente en el país.

Sin embargo, como lo afirma Esguerra y Bello (2014) el Estado colombiano ha ordenado sus políticas en torno a grupos poblacionales como mujeres, jóvenes, adultos mayores, y afrodescendientes, entre otros grupos; no obstante, dicha política de inclusión no da cuenta del reconocimiento de las diferencias históricas ni del problema estructural de desigualdad o de acumulación de esta.

Las políticas públicas en Colombia que apuntan a favorecer una discriminación positiva no tienen en cuenta la heterogeneidad de la población y tampoco las desventajas históricas y sociales de las mujeres, los afrodescendientes y los indígenas.

Una política de discriminación positiva en términos educativos requiere considerar que no solo se trata de incorporación de las minorías, sino que estas puedan ejercer sus derechos con la garantía de un esfuerzo por cerrar la brecha histórica de desigualdad que se manifiesta en el acceso a recursos de todo tipo.